

摘要

德沃金的平等自由觀試圖調和自由權與平等權的衝突，因此具有一定的理論吸引力。惟其反對禁止色情言論的主張，卻讓採取反壓迫平等論述的女性主義法學者批評為罔顧女性的被壓迫處境。本文認為，德沃金拘泥於自由主義對於實害的定義，因此無法認識色情言論複製、鞏固既存權力結構的力量。惟德沃金的平等自由觀具有潛在的開放性，如果可以在平等自由觀底下導入對於結構性壓迫的關注，則自由主義式的平等自由觀應不失為我國釋憲實務在進行基本權利論述時得以採行的理論基礎。

關鍵字

色情言論 (pornography)、壓迫、歧視、Dworkin、MacKinnon

目錄

壹、問題意識的提出

- 一、問題意識
- 二、本文結構
- 三、名詞定義

貳、德沃金的平等自由觀簡介

- 一、德沃金的自由主義式平等理論概述：資源平等與平等自由
- 二、德沃金的平等自由觀
 - (一) 從羅爾斯的無知之幕到德沃金的平等原則
 - (二) 自由權利所蘊含的平等本質
 - (三) 對照組：德沃金對於 Bakke 案的評論

參、德沃金論言論自由 — 以其反對禁止色情言論的論述為中心

- 一、前言
- 二、憲法保障言論自由的兩種證成：工具論與元素論
- 三、反對禁止色情言論的兩個理由：人民的道德責任能力與受平等關懷的權利
- 四、小結

肆、平等理論的反壓迫進路

- 一、前言
- 二、對於「真實差異」的反省：差異源自於壓迫
- 三、差異的製成與壓迫的五種面向
- 四、反壓迫法學的進路

伍、反壓迫進路下的色情言論管制

- 一、麥金農的禁止色情言論主張
- 二、具體案例：American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F. 2d 323 (1985).
- 三、德沃金對麥金農的主張的批評

陸、分析：自由主義式平等原則下沒有反壓迫進路的生存空間嗎？

- 一、本文的基本立場
- 二、德沃金所面臨的難題
- 三、自由主義法律制度所面臨的難題

柒、結論

捌、參考文獻

壹、緒論

一、問題意識的提出

以羅爾斯、德沃金為代表性理論家的平等式自由主義，其最大的特色在於採納了社會主義的觀點，強調平等與社會正義在自由民主憲政制度中的重要性。換言之，除了承認人的道德地位平等以外，平等式自由主義還進一步要求資源分配也必須平等。平等式自由主義者看見，每個人都有自己的理想與價值觀，而且每個人事實上是懷抱著不同的秉賦，誕生於不同條件的環境之中。因此平等式自由主義要求，為了平等關懷與尊重每個人，政府必須使天生秉賦與後天環境等外在境況對個人的影響減至最低，同時尊重每個人基於自由意志所立下的人生目標。

上開平等式自由主義對於個人自由的思考，不旦彌補了古典自由主義不重視機運、境況所生影響的缺失，而且同時將許多重要的社會學觀察，例如階級流動的困難性、性別歧視現象，都納入了自由主義的思考範圍之中。也因此，就體察、修正社會不平等問題而言，平等式自由主義確實讓人對之有很大的期待。而事實上，對於國家為什麼必須扶助殘障人士，為什麼國家採取積極平權措施具有正當性與合法性，它的確給出了強而有力的說明。

然而在平等式自由主義於許多議題中要求政府必須重視社會不平等的同時，一個看來顯得突兀的個案，是平等式自由主義的代表人物德沃金，與基進女性主義大家麥金農之間對於應否管制色情言論的論爭。

不同於傳統主張管制色情言論的論述，麥金農是以平等權作為正當化管制色情言論的論據。申言之，麥金農主張，色情言論的存在本身就造成了，並且加深了女性社會地位的不平等。正是為了保障女性的平等，所以必須管制色情言論。但是德沃金反對這樣的說法。德沃金認為，由於目前尚無法證明女性的不利社會地位是由色情言論所導致，因此基於平等對待不同價值觀的平等式自由主義誠命，我們必須容忍色情言論的自由表達。換言之，實際傷害的存在與否，對於德沃金來說，是判斷色情言論應否管制的關鍵。

本文認為，在此一爭論背後隱藏的重要訊息是，即使是特別強調消除社會不平等的平等式自由主義，似乎也尚未能接受社會壓迫結構存在的事實。基進女性主義的一個重大理論貢獻，是揭示了父權宰制結構無所不在，卻同時也難以察覺。此一宰制結構已經深植於所有的社會機制與社會實踐之中，以致於人們已經習以為常，感覺不到它的存在。

而是否這就是平等式自由主義的極限呢？是否當面對此類因為過於龐大所以變得幽微或透明的宰制結構時，平等式自由主義便無能為力了呢？本文在前提上接受了基進女性主義的說法，認為宰制結構的確是存在的，然而就結論而言，本文卻也認為這並不是平等式自由主義的極限。本文將試圖證明，平等式自由主義具有察覺社會宰制結構的理論潛力，德沃金個人的侷限，不應該成為平等式自由主義的侷限。

二、本文結構

本文架構分為三個主要的部分。「貳」與「參」構成第一個主要的部分。在「貳」中，本文首先對德沃金的平等自由觀進行介紹，以作為瞭解德沃金論述色情言論問題時的思考脈絡的背景知識；在「參」中，本文整理德沃金探討言論自由保障目的的論述，並介紹德沃金捍衛色情言論的具體理由。

「肆」與「伍」構成第二個主要的部分。在「肆」當中，本文切換論述焦點，介紹反壓迫女性主義者所主張的法理論，作為瞭解其禁止色情言論主張的背景知識；在「伍」當中，本文介紹麥金農禁止色情言論的具體主張，並且介紹宣告依其主張所制訂禁止色情言論的州法違憲的巡迴上訴法院判決，最後並分析德沃金與麥金農圍繞著此一違憲判決所進行的論戰。

「陸」是第三個主要的部分，在此本文試圖從以上討論的脈絡中，確立德沃金平等自由觀的核心堅持，並對之做出批判，以決定其適用於我國憲法基本權利論述的理論價值。

三、名詞定義

(一) 猥褻性言論 V.S. 色情言論

猥褻性言論（obscenity）與色情言論（pornography）是否為同義字，頗生困擾。本文認為，相較於前者是美國法院在從事言論自由的雙階審查時，所認定的一種低價值言論「類型」，後者則是一種有固定內涵的言論「形式」。從而二者容有重疊，但亦有各自不相隸屬的部分。

申言之，作為一種言論類型，猥褻性言論依照美國法院的判決累積，有相對固定（但抽象）的判斷標準，亦即「由當下社會通念做整體性的觀察結果，認為具有性道德上的冒犯性」¹。而色情言論作為一種言論形式，一般通念認為是指專門描寫性愛的書刊、刊登裸女照片的畫刊與內容以性交為主的影片。因此二者在概念上容有重疊之處，例如以不符合一般人性道德的方式所進行的性交場面為內容的影片，作為一種色情言論，依照美國法院判決的定義，亦符合猥褻性言論的要件。然而二種概念亦有無法互相含括的部分，例如「溜鳥俠」行徑作為一種（肢體上的、象徵性的）猥褻性言論，並非屬於色情言論；而《天邊一朵雲》作為一種色情言論，在我國上映至今雖因內容聳動引起輿論注意，卻也未有認為其內容違犯性道德感情的聲音出現。

欲進一步提醒讀者注意的是，在本文下述提及的 *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*² 一案中，情況則容有不同。由於該案中所涉及的系爭法律有其自行設定的不同於一般常識的色情言論定義，因此第七巡迴上訴法院在審視該法律後認定，該法律所欲規範的「色情言論」與美國法院向來所認定的「猥褻性言論」概念不同。（詳見下述「伍、二」）

德沃金本人在討論色情言論的問題時，則並未嚴格區分猥褻性言論與色情言論。依本文的理解，由於德沃金本人主張所有人所為的任何言論都應該受到平等的尊重，因此對於德沃金而言，政府根本不得區別言論的種類而異其保護程度³。既然如此，在與麥金農進行論辯時，德沃金乃是順從麥金農對於色情言論的定義而為麥金農所理解的色情言論辯護。在理解德沃金論述關於色情言論的問題時，亦請讀者留意及之。

因為本文主要圍繞在德沃金、麥金農對於色情言論的對立主張上，因此本文亦採取麥金農的定義，亦即不採一般常識對於色情言論的認知，而是僅將色情言論的定義限縮在「物化女性」的範圍內，合先敘明。

¹ *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F. 2d 323 (1985).

² 771 F. 2d 323 (1985).

³ DWORKIN, *Why Must Speech Be Free?* in *FREEDOM'S LAW*, P.207, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

(二) 反差異／反壓迫 V.S. 差異論／宰治論

反壓迫女性法學派區別重視本質差異的平等權論述與重視解放壓迫的平等權論述，盧斯·寇克（Ruth Colker）稱前者為「反差異進路」（anti-difference approach），稱後者為「反壓迫進路」（anti-subordination approach）⁴，麥金農則稱前者為差異論（the difference approach），稱後者為宰治論（the dominance approach）⁵，依本文的理解，二者所指涉的內涵應屬相同（詳下述「肆、四」），由於寇克乃較廣泛地將此一反壓迫法學方法適用在種族、性別與其他弱勢族群平等地位的探討上，而麥金農則是集中焦點討論性別平等的問題，本文在此乃依循寇克的用語，因為本文贊同反壓迫的法學方法不應設限於性別平等的討論上。

(三) Affirmative Action

本文在「貳、二」中附帶提及德沃金對於 Bakke 案的見解，而本文將 Affirmative Action 譯為「種族積極平權措施」，因此有必要在此加以說明。我國學界向來習慣將 Affirmative Action 翻譯為種族優惠性差別待遇。⁶惟學者廖元豪乃獨樹一格地將之譯為「種族積極平權措施」，其理由在於，稱其為「優惠」，在中文中容易與施予恩惠產生聯想，而差別待遇通常指涉一種較為不利的待遇，本文贊同 Affirmative Action 並不是一種恩惠，而是弱勢族群依照一定判準得享有的權利，故從其翻譯，特此說明。

貳、德沃金的平等自由觀簡介

一、德沃金的自由主義式平等理論概述：資源平等與平等自由

作為一個自由主義法哲學家，德沃金對於平等概念的詮釋，亦即其所提出「自由主義式的平等概念」（liberal conception of equality）受到廣泛的討論。這個平等概念所依據的自由主義政治道德預設可以用德沃金反覆被引用的一段話清楚說明：「政府必須關懷其所統治的人民，所謂關懷，乃指將人民當成有可能被傷害及受挫折的活生生的人；政府必須尊重其所統治的人民，所謂尊重，乃指將人民當成有能力形塑與實踐那些關於其自身生活方式的概念的活生生的人。政府不僅必須關懷與尊重人民，而且必須平等地關懷與尊重人民。政府不得以特定公民值得投注較多關懷為由，不平等地分配財物或機會。政府不得以特定公民的生活觀比其他公民更高貴或更優越為由，限制自由。」⁷

在這樣的平等式自由主義政治哲學理念下，德沃金主要將平等問題區別為兩個部分來處理：首先，在定義平等原則對於政府行為的要求時，德沃金認為資源的平等（Equality of resources）比福利的平等（Equality of welfare）更值得追求，詳

⁴ RUTH COLKER, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, And Equal Protection*, 61 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 1003, 1059.

⁵ CATHARINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW*, p.40-45, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁶ 其他各種翻譯，可參照倪伯萱，《種族優惠性差別待遇的司法審查——以審查標準的分析與檢討為中心》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002年1月。

⁷ quote from DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, p.272-273, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1977).

言之，將社會資源公平地分配給每一個人民（福利平等論的主張），不如將社會資源依照人民不同的需求作分配，而讓每個人民有平等的快樂（資源平等論的主張）來得可欲⁸，故資源的平等成爲平等原則應該追求的目標。

在確定這樣的平等目標之後，德沃金提出一個更具普遍性的主張：自由權利（liberty）毋寧只是平等的一個面向（aspect），而非潛在地與平等相衝突的獨立政治理念⁹。理由在於，資源平等觀是最能夠有效解釋自由權利的重要性的理論，所以自由權利應該依據資源平等論的指導原則被保護，而非擁有凌駕平等的價值¹⁰。此第二部分以平等原則爲依據對自由權利所進行的論證結果，即是本文主要探討對象的平等自由觀。

本文認爲資源平等觀是一種政治哲學上的主張，雖然憲法理論無法迴避政治道德的選擇，且該平等觀是德沃金發展其平等自由觀的重要核心前提預設，惟受限於本文篇幅，與爲了避免討論失去焦點，以下本文僅再深入介紹平等自由觀的證成與內涵。

二、德沃金的平等自由觀

（一）從羅爾斯的無知之幕到德沃金的平等原則

德沃金對其平等理論的構築，是從反省與詮釋羅爾斯的正義理論出發的。德沃金認爲，羅爾斯既然選擇以社會契約理論來構築他的正義理論，就等於是預設了人們擁有某個特定的自然權利¹¹，而德沃金認爲這個自然權利就是平等。詳言之，無知之幕的預設，促使每個人的假設性最佳利益都變成相同，「沒有人敢說他可以藉由主張差別對待獲得較佳地位」的事實，使得「無論個人的條件、性格或品味，每個人都被平等對待」的權利（亦即平等權），成爲唯一有資格被強制執行的權利¹²。羅爾斯的正義原則以平等爲核心理念，從羅爾斯的正義二原則也可以找到證據，第一個證據是，正義第一原則優先於正義第二原則；第二個證據是，正義第二原則不在乎相對性的權利剝奪¹³。

藉由這樣的論證，德沃金進一步提出他自己的平等理論。德沃金認爲羅爾斯的原初狀態契約，只是平等理念藉以形成正義原則的中介物；德沃金所理解的羅爾斯，不認爲受平等尊重的權利本身是契約的產物，而是先於契約而存在的，個人爲了進入原初狀態所必要擁有的條件（a condition of admission to the original position）。平等因此被每個有能力作出關於正義的決定的人所擁有，只有能作關於正義的決定的人有資格締約¹⁴。基於這樣的論證，德沃金總結：作爲公平的正

⁸ DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY, p.11, p.120, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (2000).

⁹ *Id.* at 121.

¹⁰ *Id.* at 122-123.

¹¹ 詳細的論證如下：在社會契約下，每一個人的同意都是契約成立的必要條件，這也就是說，每個人對於契約的成立都擁有否決權。只是此一否決權的行使，受限於「無知之幕中個人締約資訊不足，個人只能確保假設性的最好結果，而非現實上對其最有利的結果」的締約情況，因此在他所能預測到的最好假設結果出現時，他將放棄其否決權。如此一來，社會契約的締約過程，在結構上其實相當類似於現實社會中的政治決策過程，亦即人民依據其政治權利，對抗可能對其產生不利後果的政治決策的過程。DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, p.177, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1977).

¹² *Id.* at 179.

¹³ *Id.* at 180.

¹⁴ *Id.* at 181.

義，因此乃是棲息在如下的假定上：所有人都擁有受平等關懷與平等尊重的權利，人之所以有這樣的權利，並不是因為個人的出生地位、品格、功績或卓越，而僅僅是因為人被當成有能力規劃未來並作出關於正義的決定的人類。¹⁵

（二）自由權利所蘊含的平等本質

在證成平等為最基本的自然權利之後，平等與自由的關係，對於德沃金而言，就不再是令人困擾地互相衝突了，而是一種隸屬，或者說是衍生的關係：所有的自由權利，如果值得保障，都是因為它們在實現「每個人受平等關懷與尊重」的目的。

由於德沃金認為，在自由主義式的平等概念下，最核心重要（fundamental）的權利，就是「作為平等的人被對待的權利」（the right to treatment as an equal），而且人民「得主張特定自由」的權利（individual rights to distinct liberties）只於其功能是在滿足「作為平等的人被對待的權利」的需求的前提下才被承認，因此「得主張特定自由」的權利不會與平等發生衝突，相反地，其乃是以平等概念為其依歸¹⁶。

在這樣的結論底下，德沃金進一步申論，基於「平等關懷與尊重每個人」的理念，自由權利不應該因為社會大眾的外部偏好（external preference）而受限制。詳言之，基於「每個人的生活觀都應該被平等尊重」的平等理念要求，我們不應該允許政府基於功利主義（utilitarianism）的立場，以「促進公益」（advance collective goal of the community）為名限制人民的自由權利。舉例而言，美國社會當中的許多人基於道德上的理由不同意同性戀、避孕、A片或者支持共產黨的言論。他們不但寧願自己不從事這些行為（個人偏好，personal preference），也寧願其他人不從事這些行為（外部偏好，external preference），他們相信，一個允許這些行為的社會本質上是一個糟糕的社會。這些人的這種信念，雖然是一種外部偏好，但無疑是一種真誠的偏好，當此一偏好被滿足時，這個社會的多數人無疑會較為快樂。然而，如果以此一外部偏好為名限制上述的自由權利（指與同性相戀、從事避孕、看A片與發表共產言論的自由），則那些被限制此類自由的人，將是單單因為他們的理想生活觀被多數人所鄙視，而遭受到傷害。¹⁷如此一來，我們將無法達成「平等尊重每個人的生活觀」的理念。

（三）對照組：德沃金對於 Bakke 案¹⁸的評論

雖然本文的主要焦點是在德沃金對於色情問題的論述上，但是由於如後所述，德沃金不贊成禁止色情言論，這個結論與強調色情造成女性的不平等地位的麥金農大相逕庭。因此在直覺上，德沃金反對禁止色情言論的立場，似乎與其所強調的平等自由觀有理念上的齟齬。亦即，如後所述，德沃金亦承認女性在這個社會中的地位是較男性為弱勢的，只是他不同意此一現象能夠成為禁止色情言論的理由依據。

然而能夠與德沃金反對禁止色情言論作鮮明對比的，是他自己贊成種族積極平權措施（affirmative action）的意見。本文在此要先行強調的是，種族平等議題

¹⁵ *Id.* at 182.

¹⁶ *Id.* at 273-274.

¹⁷ *Id.* at 275-276.

¹⁸ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

與性別平等問題雖然皆為平等權的問題，卻擁有各自的憲法理論論述脈絡，二者不容混淆，支持種族積極平權措施的理由，不當然就能直接套用到性別平等的領域，成為支持禁止色情言論的理由。然而引起本文興趣的是，強調平等自由觀的德沃金，既然在種族平等領域強調個人的偏見不應該被無限度保障，那為何在禁止色情言論的議題上又強調歧視女性的色情言論應該被容忍？本文在最後第「柒」部分將會分析檢討這個論述上的不一致。而基於相互對照的目的，本文將在此岔開主線，簡單介紹德沃金對於積極平權措施的支持意見。

在《法律帝國》中，德沃金藉由討論 **Bakke** 案來說明，憲法所保障的平等權應該如何在司法違憲審查中被保護。這個例子在此被拿來作為對比的意義在於：同樣涉及遭受歧視的族群，德沃金強調對於有色人種的偏見應該被矯正，但是愛看 A 片的生活觀應該被保護。從這兩個在直覺上不應該有不同處理的實例中，我們應該可以更深入地瞭解德沃金的自由主義式的平等概念的內涵。

由於德沃金在《法律帝國》中，首次提出他的「整全性」(integrity) 概念，因此在德沃金法理論中扮演重要角色的這個概念，應該要在本段中優先被加以說明。

1. 對於「整全性的法律詮釋」的簡介

德沃金在《法律帝國》一書的前言當中，對於其所謂整全法 (law as integrity) 的法律概念觀，有一段開宗明義的陳述：「法律推理是建構性詮釋 (constructive interpretation) 的一種運用，我們的法律存在於對我們整體法律實踐 (legal practice as a whole) 的最佳證立，它存在於使這些實踐盡其可能成為最佳的敘事之中。」¹⁹

德沃金認為，任何一種法律概念觀，都無可避免必須要回應三個關於「法律是什麼？」的問題，而整全法的法律概念觀的回答如下²⁰：

(1) 首先，關於法律與權利的關係，整全法的法律概念觀不同於法實用主義 (legal pragmatism)，肯定除非是源自 (flowing from) 關於「集體力量何時正當 (或被證立)」之過去政治決定的個人權利與責任所許可或要求，否則法律之強制力不應行使或不行使。

(2) 其次，不同於慣例主義，就法律為何必須源自過去政治決定所創造的原則，亦即為何法律必須與過去的決定具有一致性的問題而言，整全法的法律概念觀認為，受拘束的法律對社會的益處，非僅在於提供了可預測性或程序公平，而且也在於確保了公民之間的某種平等，而這種平等使其社群變得更為真正，以及增進了法律拘束目前對政治權力的道德證立。

(3) 第三個問題延續前兩個問題，亦即特定法律概念觀在回答前兩個問題時，其對「源自」的解讀為何？整全法的法律概念觀的回答是，非僅當權利與責任明示於過去決定時，而且當它們源自那些明示決定經由證立而預設的個人或政治道德原則時，權利與責任都算是「源自」過去的決定，從而被算作是法律的。

2. 德沃金對於 **Bakke** 案的見解：支持種族積極平權措施

基於平等自由觀，德沃金確信美國憲法承認「每個人必須被平等對待」的平

¹⁹ 德沃金著，李冠宜譯，《法律帝國》，p.xviii，時英出版社，2002。

²⁰ *Id.* at 103-105.

等原則。而且懷抱整全法的法官將從回顧美國憲法的歷史與實踐中確認到，各州對於福利的集體證立受到保障種族平等的權利的限制。²¹

德沃金認為，在種族平等的範疇內，美國憲法上對於種族平等的要求，可能存在三種不同的論述。在三種主要可能的種族平等權利型態中，德沃金認為僅僅將種族視為嫌疑分類的種族平等權，由於承認基於種族的分類可能在最大化社會福利的情況下合憲，因此不符合「每個人的偏好被平等計算」的自由主義式平等原則所要求的正義，並且也不符合美國社會對於種族正義的信念。²²

另外兩種平等權的論述型態，其中之一是色盲的種族平等權論述，此種平等權論述不允許以種族為分類標準作出差別待遇，另外一種是禁止歧視的種族平等權論述，此種平等權論述不認為以種族為分類標準當然導致違憲，而僅僅在此一分類表達了歧視時才如此²³。

德沃金論證道，在 *Bakke* 這樣的積極平權措施案件當中，由於美國社會向來不否認人民可以因為其先天上不能改變的因素而被差別對待，因此色盲的種族平等權論述在本案中不能被認為是符合整全法要求的平等權論述。禁止歧視的平等權論述之所以符合整全法的要求，是因為美國社會認為對黑人的不利差別待遇之所以違憲，是因為那個差別待遇表達了歧視。禁止歧視的平等權論述，原則上不會把積極平權措施宣告違憲，因為這些措施的運作並未對該團體產生不利益。²⁴

參、德沃金論言論自由 — 以其反對禁止色情言論的論述為中心

以上本文介紹了德沃金理解憲法基本權利體系的抽象架構，以下，本文將介紹德沃金是如何基於其平等自由觀的權利理論，論證言論自由這個向來對自由主義者而言非常重要的具體基本權利。

一、憲法保障言論自由的兩種證成：工具論與要素論

從對於 *New York Times v. Sullivan*²⁵ 案的評析出發，德沃金指出，在言論自由的困難案件中，法律人必然需要釐清「憲法為何保障言論自由」這個根本性的問題，才能決定困難案件應該如何解決²⁶。而對於這個根本性的問題，德沃金主要區分了兩種主要的證成（justification）。

（一）工具論

第一種證成，德沃金稱之為「工具論」（Instrumental Justification）²⁷。此種證成對於憲法為何保障言論自由的說理是，人們的言論自由自由受憲法保障，並不是因為人們對於「說自己想說的話」有任何當然的道德權利，而是因為允許人們說自己想說的話能夠對於社會上的所有其他人也有好處。亦即，如果政治論辯是自由且不受拘束的，則政治過程將更可能發現真實、減削錯誤與產生好的政

²¹ *Id.* at 388.

²² 德沃金著，李冠宜譯，《法律帝國》，p.393，時英出版社，2002。

²³ *Id.* at 389-391.

²⁴ 德沃金著，李冠宜譯，《法律帝國》，p.399-401，時英出版社，2002。

²⁵ 376 U.S. 254 (1964).

²⁶ DWORKIN, *Why Must Speech Be Free?* in FREEDOM'S LAW, P.199, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

²⁷ *Id.* at 201.

策。簡言之，欠缺懲罰批評意見的權力的政府較不會走向腐化。²⁸²⁹

(二) 要素論³⁰

第二種證成，德沃金稱之為「要素論」(Constitutive Justification)³¹。此種證成對於憲法為何保障言論自由的說理是，憲法保障言論自由不只是因為考慮到這麼做將會導致好的結果，而是因為言論自由的保障是一個把人民當作是「有道德責任能力的行為者(responsible moral agent)」的政府所身處的正義政治社會(just political society)組成時所必須具備的必要與基本構成要素(essential and constitutive feature)。德沃金指出，要素論的這個說法有兩個主要的理念預設。第一個預設是，擁有道德責任能力的人堅持以自我意志決定生活中與政治中的好壞，以及以自我意志決定正義問題上與信念問題上的真假。因此如果政府認為人民不能被信任去聆聽可能說服人民從事危險或有害行為的意見，政府就因此侮辱了人民，並且否定了人民的道德責任能力。³²

第二個預設是，道德責任能力並不僅僅指涉人民形成自我信念的責任，更包括基於尊重與關懷他人、基於傳播真理、實現正義以及確保良善的渴望，而將自我信念向他人表達的責任。因此如果政府認為某些人民的信念較無價值，進而否定其向他人傳達其信念的資格，政府就因此挫折了這些人民，也因此否定了這些人民的道德責任能力。因此無論人民所欲接受或傳播的信念是如何令人厭惡，政府都不得否認上述的兩個預設，否則政府將喪失其對人民的統治合法性的實質有效宣稱。³³

(三) 德沃金採取要素論

德沃金首先批評工具論相較於要素論，是一種較為脆弱與侷限的證成。之所以較為脆弱，是因為我們可以想像，在某些特殊情況下，為了達成工具論所追求的良善政治過程，工具論式的論證可能反而會達成言論自由應不受保障的結論；之所以較為侷限，是因為工具論把焦點放在政治性言論上。³⁴

德沃金更進一步申論工具論的不足之處。其一，若眾人判斷的結果，認為某些政府資訊的透露，例如軍事或外交機密，政府應該有事先檢查的權力，那麼著名的「五角大廈文件」(Pentagon papers)³⁵就會至今仍隱而不顯。其二，諸如新

²⁸ *Id.* at 200.

²⁹ 由本段說明可知，德沃金此處所稱「工具論」，相當程度上可比擬我國憲法學說上在論及言論自由的憲法保障基礎時所指稱的「健全民主程序說」。請參考林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，收於氏著學術論文集《言論自由與新聞自由》，P.24，元照出版有限公司，2002年11月，初版第2刷。(對於美國憲法學說上討論言論自由保障的不同理論基礎有深入的闡釋)。

³⁰ 學者林子儀將德沃金此處所稱的要素論，歸類為言論自由理論基礎諸學說中的「表現自我說」的其中一支。林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，收於氏著學術論文集《言論自由與新聞自由》，P.39，元照出版有限公司，2002年11月，初版第2刷。

³¹ *Id.* at 201.

³² *Id.* at 200.

³³ *Id.* at 200.

³⁴ *Id.* at 201.

³⁵ 「五角大廈文件案」(*New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971))，肇因於1971年加州蘭德研究所(Rand Corp.)研究員丹尼爾·艾斯伯格(Daniel Ellsberg)將其與其他35位專家學者所做成的美國如何逐漸捲入越戰的歷史研究報告透露給紐約時報。由於報告內容揭發了美國政府欺騙人民的種種不光彩政治行動，因此本案中最高法院最後判決紐約時報得以繼續刊登此些

納粹與三 K 黨式的種族仇恨言論，由於無助於健全政治程序，因此也會在工具論式的證成脈絡下被認為無保護的必要。³⁶

而德沃金強調，對於要素論的證成而言，美國憲法增補條文第一條最重要的意義，就是其亦保障那些令人厭惡的言論。因為要素論堅持，美國社會是一個信仰個人自主道德責任能力的自由社會，而任何針對言論內容的檢查都與這個信仰不一致。³⁷

三、反對禁止色情言論的兩個理由：人民的道德責任能力與受平等關懷的權利

由上述德沃金針對工具論與要素論的分析可知，德沃金的基本立場是，美國憲法之所以保障言論自由，並不只是因為言論自由將可以健全政治參與的過程，更是因為美國憲法承認每一個（成年的）人民都有道德責任能力足以判斷自己要接受並傳播如何的言論，政府不應該否定人民的此種自我決定能力。而如果我們進一步將此一要素論的證成與德沃金的平等自由觀連結起來觀察，也可以發現二者在德沃金的理論中前後一貫地相呼應。簡言之，德沃金反對禁止色情言論的理由是由兩個互相關連的主張加以支撐的，其一，人民的道德責任能力應該被政府加以承認，其二，基於平等自由觀，人民的言論自由應該受政府平等的關懷。

（一）人民的道德責任能力應該被承認

德沃金認為，在要素論的證成之下，保障言論自由的核心要旨就是，特定想法的冒犯性（*offensiveness*），或其對傳統想法所造成的挑戰，不得成為事前審查的合法化理由。德沃金並基於這樣的主張批評美國最高法院向來認為「猥褻性言論」（*obscenity*）³⁸不受高度保障的見解。³⁹德沃金強調，政府如果基於某些專家關於特定言論將增進或減損人民的人格發展或者造成人民不正確的行為的意見，進而指示人民什麼東西是他們可以閱讀的，這樣的作法將會明顯地與「尊重人民是擁有道德責任能力的行為者」的預設不符。⁴⁰

（二）人民的言論自由應該受政府平等的關懷

德沃金在評論麥金農禁止色情言論的主張時，更進一步具體說明其要素論的平等自由觀背景。德沃金指出，由於個人所居住其中的道德環境的絕大部分，是由同樣生活在這個環境中的他人所創造的，亦即，個人如何相互對待，以及個人如何形塑自我認同與自我肯定，絕大部分是交錯地受到流通在這個社會中的傳統、意見、品味、信念、生活方式以及文化的影響，因此這個道德環境當中的每一個人，都不應該只因為其品味與意見令人覺得噁心，而被否定擁有藉由其個人

報告的判決，最後導致美國政府的威望嚴重受損，也導致美國最後從越南撤兵的結果。關於本案的詳細介紹，可參考李子堅，《紐約時報的風格》，P.311-344，聯經，1998年，初版。

³⁶ DWORKIN, *Why Must Speech Be Free?* in FREEDOM'S LAW, P.203, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

³⁷ *Id.* at 205.

³⁸ 關於色情言論與猥褻性言論的名詞辨異，請見本文第「壹」部分當中的「名詞定義」一節。

³⁹ DWORKIN, *Why Must Speech Be Free?* in FREEDOM'S LAW, P.207, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

⁴⁰ *Id.* at 208.

的選擇、品味與意見，來形塑這個共享的道德環境的資格。⁴¹

德沃金指出，在一個真誠的公平社會中，令人生厭的言論不應該預先被民刑法所禁止，而應該被放在陽光下，公平地受到其他人的檢視。⁴²

四、小結

由上述「貳」、「參」的綜合觀察可知，德沃金之所以反對禁止色情言論，乃是因為其認為唯有如此，其始能一貫地延續其平等式自由主義理念。申言之，既然平等自由觀要求任何自由權利皆蘊含有平等的本質，則言論自由亦應該被所有人民平等地享有。所謂「平等地享有」乃是指涉，無論個人所秉持，並因此基於其道德責任渴望向他人傳播的信念，無論有多麼令人厭惡，政府都應該平等賦予其表達信念的自由。唯有如此，政府才算是平等地關懷了人民。從另一方面而言，政府不應該基於保護人民的心智發展，而禁止特定內容的言論，否則也等於否定了人民自我決定的道德能力。

肆、平等理論的反壓迫進路

一、前言

在「貳」、「參」中，本文整理了德沃金關於平等自由觀的論證，並且介紹了在平等自由觀的基本理念底下，德沃金反對禁止色情言論的理由論證。然而如同本文先前所述，本文的核心焦點是在藉由檢視德沃金對於具體的色情言論禁止爭議的意見，發掘其所主張的平等自由觀的核心堅持。因此為了對照的目的，本文將在此段落停下對於德沃金理論的介紹，轉而引介反壓迫女性主義對於性別平等以及色情問題的論述。

二、「真實差異」的反思：差異源自於壓迫

1970 年代以前，最高法院以性別的本質上差異為名，廣泛地否認女性有擔任律師、陪審團員、投票的權利。隨著女性運動不斷進行的訴訟策略與最高法院內部性別平等意識的覺醒，以 70 年代為分界點，最高法院開始警覺到「男主外女主內」的性別本質區分本身就是歧視的結果，於是從「男女大不同」的法律論證轉向為「男女相同」的法律論證，在這樣的論證模式下，最高法院於是認為，性別的差別待遇，（僅）在男女具備「真實差異」之時，始（也就）能被合理化。舉例而言，最高法院認為懷孕是男女間的真实差異，因此與懷孕相關的差別待遇被認為是合憲的。⁴³

反壓迫的女性主義者則嚴厲批評最高法院這樣的論述策略，反壓迫女性主義指出，最高法院沒有意識到，任何的比較，一定是依據一定的標準在進行的，在父權社會中，男性的標準就是比較的標準，於是男性特徵成為正常的，與男性特徵不符的則成為違常的。在這樣的比較標準下，不會懷孕的男性是適合從事公領

⁴¹ DWORKIN, *MacKinnon's Words in FREEDOM'S LAW*, P.237-238, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

⁴² *Id.* at 228.

⁴³ 楊雅雯，《等者等之？抑或男女有別？——從女性主義法學分析美國聯邦最高法院性別平等審查標準》，p.158-159，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月。

域的工作的，而會懷孕的女性則是失能的、違常的與不適任的。由於女性在男性標準的社會中受到結構性的壓迫，差異的編排成爲污名的編排。在真實差異的大旗下，法院自以爲中立於差別待遇之外，因爲就法院而言，差異是出在女性身上，無論是對女性有利或不利的差別待遇，其合憲性乃源於女性的「不同」，而非法院的道德判斷⁴⁴。反壓迫女性主義批評法院從來就沒有想到，差異或許不是與生俱來的，而是被建構出來的。⁴⁵

三、差異的製成與壓迫的五種面向

(一) 差異的製成

女性主義法學者瑪塔·米諾 (Martha Minow) 指出：「任何差異的分派，必定是由特定的道德觀從其有利位置所爲：所謂平等地位，背面隱含著用來劃定關係的地位—不是用來劃定平等與不平等的關係，而是用來劃定優越與低劣的關係」⁴⁶，依蜜璠的見解，五個未被明言的預設被用來製造差異⁴⁷：

1. 差異是本質性的，而非比較的結果 (Difference is intrinsic, not a comparison)

傳統的法學方法注重分類，將「相同」的事物歸於一類，以區別法律效果，然而實際狀況是這世上每個人都與其他人不同，爲了分類的目的，我們在比較的過程中必須忽略大多數的特徵，僅留存我們認爲「相關」的特徵，而留下來的這些特徵與最後的比較結果雖然是刻意的選擇的結果，卻很容易被視爲該被比較客體的「本質」⁴⁸。因此如果這些被挑選出來的特徵與社會主流價值下的負面評價相連接，則該負面評價也將宛如天生。⁴⁹

2. 被選擇的價值無庸自我證立 (The norm need not be stated)

比較賴以進行的參考基準點的選擇，其實是主流價值觀權力的展現，然而這一點當然容易在不知不覺中被主流價值所忽略。⁵⁰於是更加強了「差異是本質」的印象。

3. 觀察者不是從特定角度出發 (The observer can see without a perspective)

然而事實上，看待世界不可能沒有特定立場。因此被觀察到的差異，也不可能是「中性而客觀」的「真實」。⁵¹強勢價值觀沒有意識到自己往往強迫弱勢者用一樣的方式看待世界，也沒有意識到這就等於是把自己的價值觀強加於別人

⁴⁴ *Id.* at 157.

⁴⁵ *Id.* at 161.

⁴⁶ MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW, p.50, Ithaca: Cornell University Press, 1990.

⁴⁷ *Id.* at 50-74.

⁴⁸ *Id.* at 54-55.

⁴⁹ 楊雅雯，〈等者等之？抑或男女有別？—從女性主義法學分析美國聯邦最高法院性別平等審查標準〉，p.162，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

⁵⁰ MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW, p.56, Ithaca: Cornell University Press, 1990.

⁵¹ *Id.* at 61.

身上。⁵²

4. 其他的觀察角度不值得重視 (Other perspectives are irrelevant)

主流觀點未必能察覺到其他觀點的存在，縱使能夠，其他觀點容易被視為不相干、不重要或無見地，甚至被「假設」已經經過充分考慮。⁵³

5. 現狀是自然的、無壓迫的與好的 (The status quo is natural, uncoerced, and good)

一種普遍的想法是，現狀是自然且可欲的。從這個預設，衍生出三個命題：(1) 現狀是中性的，政府為了保持中立，應該維持現狀；(2) 改變現狀的價值不如不改變；(3) 現存社會結構未施加強迫於任何人。然而無論何種社會安排一定有其目標對象，其他被忽略的對象就被積非成是地認為是不重要的對象，其他被忽略對象的需求成為「額外的」、「社會負擔不起的」需求。⁵⁴

(二) 壓迫的五種面向

反壓迫女性主義者觀察上述的差異產程，總結認為差異的製成與壓迫的產生都是同一種權力運作的結果，亦即是社會優勢群體對於弱勢群體的權力作用運作的結果⁵⁵，然而這種權力作用正如上述蜜瑤所揭示的預設一般，乃是以一種難以被察覺的運作方式存在。權力的運作，是從柴米油鹽的日常生活、自由市場、大眾媒體中，不知不覺地展現。

經由學者的整理⁵⁶，所謂的壓迫，乃以五種面向被呈現出來⁵⁷：1. 剝削 (exploitation)：被剝削是指自己的勞動成果持續性地被移轉到他人身上，他人因而從自己的勞動中得利。2. 邊緣化 (marginalization)：邊緣化是指低度的社會參與現象。自己有必須依賴他人、無用、累贅、低自尊的感受。3. 無權力 (powerlessness)：欠缺命令的權威。4. 文化霸權主義 (cultural imperialism)：優勢群體將自己的生活經驗當成普世的生活經驗。5. 暴力 (violence)：對於特定族群頻仍發生且被容認的暴力，構成一種壓迫。

四、性別平等的反壓迫進路

藉由上述的論證，反壓迫女性主義者主張，男性沙文主義社會結構對於女性所造成的壓迫，是性別不平等的來源。於是反壓迫女性主義法學者麥金農與盧絲·蔻克 (Ruth Colker) 乃主張反壓迫的平等原則。

⁵² 楊雅雯，《等者等之？抑或男女有別？— 從女性主義法學分析美國聯邦最高法院性別平等審查標準》，p.164，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

⁵³ MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW, p.66, Ithaca: Cornell University Press, 1990.

⁵⁴ *Id.* at 70.

⁵⁵ 楊雅雯，《等者等之？抑或男女有別？— 從女性主義法學分析美國聯邦最高法院性別平等審查標準》，p.168，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

⁵⁶ IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE, p.39-65, Princeton University Press (1990).

⁵⁷ 關於以下五種壓迫面向的說明，乃整理自楊雅雯，《等者等之？抑或男女有別？— 從女性主義法學分析美國聯邦最高法院性別平等審查標準》，p.168，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

麥金農區別性別平等的反差異進路與反宰治進路，並且認為反差異進路是以男性的標準為標準的平等進路⁵⁸。她總結道：

如果性別問題只是一個關於差異的問題，那麼性別不平等就僅僅只是一個生理學上的問題，或者是錯誤區分的问题，或者是對個人不正確分類的問題。這些也就是反差異進路的思考模式與因此關注的問題。但是如果性別不平等是為了使不平等繼續存在的一種社會性差異化行動，那麼性別不平等的問題就是一個關於系統性支配的問題、一個關於男性優越的問題，也因此不是一個抽象的問題，而是一個錯誤。⁵⁹

寇克則認為，將反差異的平等原則轉變為反壓迫的平等原則，主要有兩項關鍵性的好處：1. 反壓迫進路將使得各機關在不將弱勢、無助、需要扶持等刻板印象加於少數族群或者是女性的身上的同時，仍然能夠實施積極平權措施並為其辯護。蓋在反壓迫進路底下，積極平權措施只要能被證明有解放從屬關係的效果，便能合憲，而不要求被有利差別對待的對象必須是能力較低下的群體。2. 反壓迫的法律論證結構將促使反壓迫論述的價值觀進入其他非關性別的平等權分析中，而因此使這些分析更具意義。畢竟在現存法院判決中的平等權論述具有高度的不一致性，引入反壓迫的平等權思考，可以使法官們有比較的對象，進而早日決定究竟要採取反差異進路或者是反壓迫進路。⁶⁰

伍、反壓迫進路下的色情言論管制

一、麥金農的禁止色情言論主張

如同本文先前的介紹，麥金農為反壓迫女性主義法學者，其主張現代女性係身處在男性沙文主義社會的系統性壓迫之下，延伸自這樣的主張，麥金農乃對色情言論採取禁止的立場。其理由論據如下：1. 觀看色情出版品會引發性犯罪，直接造成女性身體上的傷害；2. 色情言論對女性產生靜默效果。社會大眾長期接受色情出版品中女性的刻板角色，於是女性的發言不被認真看待；3. 色情出版品當中的女演員或女模特兒成為直接被男性所宰制者；4. 在既存社會環境下，色情言論成為一種無從被挑戰與質疑的言論；5. 基於色情出版品所造成的上述影響，女性的地位一直處於受男性宰治的狀態，故色情言論侵害女性受憲法所保障的平等權。⁶¹

二、具體案例：American Booksellers Ass'n v. Hudnut⁶²

經過麥金農與其同僚的努力，1984 年印第安那波里斯的立法者依據上開麥

⁵⁸ CATHARINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW*, p.45, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁵⁹ *Id.* at 44.

⁶⁰ RUTH COLKER, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, And Equal Protection*, 61 *NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW* 1003, 1059.

⁶¹ 關於德沃金對於這些論證的反駁，詳見 DWORKIN, *MacKinnon's Words in FREEDOM'S LAW*, P.230-239, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

⁶² 771 F. 2d 323 (1985).

金農的主張訂定了一部禁止色情言論的法律。而這部在 1985 年被第七巡迴上訴法院宣告違憲的法律，就成爲後來麥金農與德沃金的論戰導火線。

(一) 印州禁止色情言論法案之內容⁶³

首先，就受系爭法律限制的言論對象而言，系爭法律規定：「本法所定義的色情言論係指：不論以影像或文字所爲，關於女性在性行爲中臣屬地位的露骨描寫。下列各項所描述者，亦屬色情言論：

1. 女性被呈現爲享受痛苦與羞辱的性客體。
2. 女性被呈現爲在被強暴過程中享受性歡愉的性客體。
3. 女性被呈現爲受網綁或受肉體傷害的性客體，或僅以身體部位被呈現。
4. 女性被呈現爲受動物或異物穿刺。
5. 女性被以劣等或不潔的形象呈現在受貶抑、傷害、屈辱、折磨的具有性意味的畫面中。
6. 女性被呈現爲受宰治、征服、暴力、剝削、占有或使用的性客體，或以奴隸姿態提供性服務的性客體。

上述 1 至 6 項中的女性縱使被代換成男性、兒童，或者第三性，仍被視爲色情言論。」

而在禁止的效果規定上，系爭法律的主要禁止規定有四：「1. 人民不得傳播、交易色情言論。2. 人民不得強迫他人於色情出版物中演出。3. 人民不得強加色情言論於他人。4. 人民不得仿效色情出版物內容對女性、男性、兒童或者第三性進行攻擊或身體傷害。」

(二) 法院判決：系爭法律違憲

1. 印州系爭法律所針對的「色情言論」，非屬向來僅受低度保障的「猥褻性言論」

法院首先認定，系爭法案所定義的色情言論（pornography），與向來不受法院高度保護的猥褻性言論（obscenity）不同。法院指出，猥褻性言論的認定，依照先前判決所設立的標準，必須是在「整體觀察」下（taken as a whole）被認定爲對性行爲做冒犯性的（offensive）表現或描述，並且欠缺嚴肅的文學、藝術、政治或科學價值。而是否具有冒犯性，必須以社群的當下標準判斷。⁶⁴

然而法院認爲，系爭法案無一字一句提到「冒犯性」或「社群標準」，系爭法案把注意力集中在特定形態的表現方法上，而未對作品作整體觀察。因此作品是否具有嚴肅的文學、藝術、政治或科學價值，也與系爭法案判斷作品應否被禁止不相干。因此法院認爲系爭法律所針對的言論類型並非是猥褻性言論。⁶⁵

2. 印州系爭法律所爲之禁止規定，是針對言論內容的限制

法院強調，在憲法增補條文第 1 條的規範底下，政府必須放任人民自行決定

⁶³ *Id.* at 324.

⁶⁴ *Id.* at 324.

⁶⁵ *Id.* at 325.

各種意見的價值。⁶⁶法院雖然接受立法者的論點，亦即，法院也承認色情言論中所呈現的女性臣屬地位，的確導致了女性現實上臣屬地位的持續，而這又進一步導致了女性的較低平均薪資、家庭暴力的不斷發生以及強暴案件的不斷出現，但是法院仍然強調，這僅僅是色情言論作為一種言論的「語言力量」(the power of pornography as speech)，因為色情言論的力量所產生種種令人憤怒的影響，都是心智交互溝通的結果。⁶⁷法院指出，如果令人生厭的言論在言論市場中沒有容身餘地，我們就沒有機會以更多言論與之辯難。因此所有的言論都應該被當成是言論而加以保護，如果不這麼做，政府就會掌控所有的文化機制，搖身一變為偉大的檢查者指導者，告訴我們什麼樣的想法才是良善的。⁶⁸當印州的立法者只把焦點集中在色情言論上，而單單對於關於色情言論的傳播、強迫接受…等行為加以處罰時，印州系爭法律就不是一個對於觀點中立的法律，也因此難逃違憲的指摘。⁶⁹

三、德沃金對麥金農的批評

從上述對德沃金的見解與麥金農等人所支持的法律的介紹可知，德沃金對於印州的系爭法律必然地會採取堅定的反對立場。由於麥金農所提出的主張禁止色情言論的理由論證（詳見本文「伍、一」部分），相當程度地被印州政府引用來為系爭法律辯護，德沃金因此把批判的焦點集中在麥金農的這些論點上面。

德沃金對於麥金農禁止色情出版的論證理由進行全面性的批判，然而其中有些爭執是源自於麥、德二人所引用的實證資料數據的差異，本文不擬詳加敘述，本文於此僅針對幾個與本文目的相關的幾個爭論進行介紹。

（一）言論自由不保證善意的聆聽環境

麥金農主張色情言論的存在使女性的發言在男性社會中不受尊重。她強調，一個放任男性的言論自由去噤聲女性的言論自由的言論自由保障體系，不算是認真嚴肅保障言論自由的體系。⁷⁰

德沃金則反駁道，麥金農的此一說法，預設了一種不可能被言論自由所包含的權利，也就是要求他人尊重自己的意見的權利。德沃金強調，憲法的言論自由有可能進一步保障個人必須要有發言的機會，但是絕對無法保證當一個人發言時，聽者必須是善意的，或者至少是完整的理解發言內容。⁷¹

（二）色情出版物的女演員或女模特兒的選擇應該被尊重

麥金農主張，出現在色情出版物中的女性，是最直接遭受到性壓迫與宰治的被害人。但是德沃金持不同觀點，德沃金指出，美國的經濟體制的確不利於女性

⁶⁶ *Id.* at 327.

⁶⁷ *Id.* at 329.

⁶⁸ *Id.* at 330.

⁶⁹ *Id.* at 332-333.

⁷⁰ CATHARINE A. MACKINNON, *Pornography, Civil Rights, and Speech*, reprinted in Catherine Itzin, ed., *PORNOGRAPHY: WOMEN, VIOLENCE, AND CIVIL LIBERTIES, A RADICAL VIEW*, p.231, Oxford University Press, 1992.

⁷¹ DWORKIN, *MacKinnon's Words in FREEDOM'S LAW*, P.232, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1996).

尋找好的工作，致使一些女性不得不接受在色情出版物中擔任演出，但是這個經濟體制同樣使速食業者可以用極低的工資剝削女性。德沃金強調，此一經濟上的不正義，不能成為剝奪女性工作機會的理由。⁷²

（三）言論自由在保障每個人的偏好都能平等地被尊重

麥金農主張色情出版因為是貶抑女性地位的最直接展示，因此造成女性在社會中的被宰治地位，侵害了女性憲法上受平等保障的權利。德沃金則認為，言論自由被憲法承認的目的，就是在保障平等的政治權利。為了使每個人都有藉由發言機會改變政治決策的平等政治權利，必須以平等的言論自由為後盾。如果我們以特定言論讓人覺得噁心為由就禁止之，就等於是承認這個社會中某些人所肯定的生活觀凌駕於其他人所懷抱者。⁷³

陸、分析：自由主義式平等原則下沒有反壓迫進路的生存空間嗎？

一、本文的基本立場

（一）社會性、結構性的壓迫應該被正視

我們大多數人都能夠意識到社會性歧視的存在。女性普遍偏低的工資、女性普遍受到的家庭暴力、女性普遍受到的性侵害威脅，都讓我們知道女性是這個社會中較男性為弱勢的族群。然而我們說不出在已經賦予了女性工作權、投票權、繼承權與平等的親權之後，這個社會中到底還存在著怎麼樣的對女性的不平等。

反壓迫女性主義幫助我們看清結構性壓迫、社會性歧視的存在。平等理論的反壓迫論述指出，縱使這個社會以任何可見的標準而言，不存在任何對女性的不利規定，但是標準是男性所定，這些標準先驗地把女性特質當成是違常特質，因此應該被放在陽光下檢視的正是這些看似中性的標準。透過解構男性標準，我們將獲得解構父權體制的可能性，而解構既存權力體制，就是解放壓迫。

（二）個人的偏好不應受無限制的保障

德沃金在論證支持種族積極平權措施的理由時，強調美國社會是一個對於歧視敏感，而非對於差異敏感的社會。因此如果差別對待並非在表達歧視，則並非不可容許。相對地，其在論證反對禁止「色情言論」⁷⁴的理由時，最核心的論點是，政府對於色情言論給予差別對待，就是片面地否定了某些人的品味、信念與生活方式，因此此種作法是不被容許的。

在德沃金的世界中，上述兩個論證之所以不發生衝突，是因為德沃金認為禁止色情言論就是在表達對於色情言論的歧視。德沃金不承認麥金農等人所言，單單色情言論本身，就足以構成對於女性的壓迫，並進而造成女性地位的不平等。套用麥金農的反諷，德沃金相信色情言論是 *only words*。對德沃金而言，色情言論既然只是「言論」，就不可能產生實際的傷害，以解放壓迫為名禁止色情，就

⁷² *Id.* at 233.

⁷³ *Id.* at 230.

⁷⁴ 請讀者注意的是，本文在此以下所稱的色情言論，仍然是麥金農定義底下，以物化女性為唯一內容的色情言論。理由請參照「壹、三」的名詞定義。

單純只是對於色情言論的厭惡情緒的一種掩飾。

然而本文相信語言是權力的展現。語言在被使用的過程中不但展現了既有的權力關係，也不斷複製並強化既有的權力結構。日常生活中的語言其實已然如此：女性進入婚姻關係是「嫁」給了丈夫，男性進入婚姻關係是「娶」了個妻子。而麥金農定義下的色情言論正是這種權力關係的赤裸裸展現。因此如同上述，如果我們承認女性的確是在現行社會結構下受到壓迫的弱勢群體，則色情言論的發表，本身就可以被認定是在弱化女性的社會地位。

從群體關係研究的成果而言，社會上弱勢的族群的團體性會明顯高於優勢團體，高等教育白人男子不具有團體性，只是個別作為優勢族群的代表而存在，但女性身為一個弱勢族群，對於任何單一女性所強加的歧視與邊緣化，都會連帶影響整個女性團體的社會地位。亦即，作為色情出版品的主角的女性不但個人被物化，也進而導致整個女性團體被物化。當我們明白色情言論具有如此的權力效果之後，色情言論的發表，將不再只是一種信念的宣揚、一種生活方式的實踐，而是一種使他人身陷不平等狀態的加害行為。

依照德沃金的平等自由觀，言論自由必須蘊含平等的本質，言論自由如果值得保護，前提是所有人要擁有平等的自由，本文認為，在性別平等的脈絡下，此必須是指發表、接受色情言論的人與抵抗壓迫、拒絕被物化的女性，要擁有平等的言論自由。

對於此處所稱之「平等」，本文認為，德沃金關於支持種族積極平權措施的論證仍然有效。德沃金指出反對差別待遇的主張是不符合美國的傳統價值的，因此我們可以推論，此處的平等概念，亦非指不得差別待遇的平等，而係指不得歧視的平等。如果我們承認女性有反抗壓迫的平等權，則對於色情言論的差別對待，將並不當然違反言論自由應平等擁有的預設。

二、德沃金所面臨的難題

為了探求平等權的反壓迫進路與德沃金平等自由觀的相容可能性，我們必須從德沃金法理論的兩大支柱，亦即「整全法的法律概念觀」以及「平等關懷與尊重的平等要求」切入，發覺其中證成反壓迫進路的困難點，並進而突破理論困境。

（一）整全法下的法律詮釋

（1）高度重視言論自由的美國社會

美國社會的政治與法律實踐，向來視言論自由為不可侵犯的權利。如果進入言論自由的雙軌與雙階理論，我們或許會觀察到猥褻性言論幾乎不受保障的司法操作實務，但是就德沃金的角度而言，其認為隱藏在判決背後的原則決定亦為法律詮釋所得依循者，故或許就整全法的角度而言，關於言論自由的保護，似乎仍以不得全面禁止為法律應採的原則決定。

（2）相衝突的原則決定

然而不容忽視地，正如德沃金在本文先前所引《法律帝國》一書中關於 Bakke 案的討論，美國社會的政治與法律傳統同樣肯認個人有不受歧視的平等保障，此一平等保障要求特定帶有惡意歧視的偏好不得被算入相衝突權利的衡量審查當

中。色情出版不僅是言論自由的問題，它同時也是一個平等的問題。它關係著大多數極大化自己的外在偏好的男性以及大多數因此必須繼續忍受壓迫地位的女性。德沃金沒有說明的是，當色情出版問題中，美國傳統社會對於言論自由的原則決定與對於消滅歧視的原則決定相衝突時，我們應該如何解決。依照整全法的理念，我們必須找出最佳詮釋，而本文選擇優先符合消滅歧視的一致性要求，因為這樣的一致性要求底下，隱含了公民的地位平等在內。製作 A 片的商人不只滿足了自己對於良善生活觀的個人偏好，並且進一步地決定了女性在社會中受宰治的生活方式，保障色情出版的一致性不值得被延續。

（二）受平等關懷與保障的生活觀作為平等原則的目的

做為個人性的權利，自由與平等的關係在德沃金而言變得簡單：自由僅在為了保障每個人平等受關懷與尊重的程度被承認並受保護。然而如果壓迫是隱而不顯的，那「是否每個人有受到平等的關懷與尊重」就變成一件難以判斷的事，我認為這不單單是平等自由觀的侷限，而是自由主義法律制度的侷限。

三、自由主義法律制度所面臨的難題

反壓迫論述在現實上所遇到的最大困境之一，在於壓迫在現行法律制度下無法被證明。自由主義法律制度只承認個人的權利，因此社會性歧視建構出的系統性壓迫所造成的普遍性傷害無法被承認為傷害。在既成法律制度底下，建立敏於壓迫的司法審查制度，成為反壓迫進路的補救方案。反壓迫女性主義法學者認為，司法被動而消極的性格適於作為溝通辯論的平台，系統性壓迫的蛛絲馬跡，或許可以在慎思明辨的討論中被揭發出來，進而拆解掉整個壓迫體制。

柒、結論

從以上的介紹，我們可以明瞭德沃金之所以將平等權作為最基本的自由權利的理由，以及認為所有自由權利都預設了平等享有的目的的理由。本文認為這樣的基本認識，將有助於我們瞭解德沃金對於「言論自由」此一特定自由權利的基本態度，以及由此態度所延伸的反對禁止色情言論的基本立場。從以下討論我們將不難發現，德沃金認為其反對禁止色情言論的立場，乃是一致地依附於其平等自由觀的核心理念。

然而本文試圖指出的是，德沃金雖然認識到色情言論可能本身就在複製壓迫與不平等，卻拒絕承認色情言論應該為這樣的壓迫結果負責任。本文認為，如果我們能夠承認女性在現在社會中仍處於受壓迫地位，而言論自由也的確應該蘊含平等關懷的本質，或許反對禁止色情言論並不是最吻合平等自由觀的基本理念的「right answer」。

本文相信解除壓迫是平等的真諦。然而在台灣這個以資本主義為基調的社會以及法律制度底下，社會主義式的論述往往招致大眾的反感，而無法獲致太大的正當性，如果說自由主義本身可以為其無法兼顧社會正義的傾向找到出路，換句話說，如果說在德沃金式的平等式自由主義底下，其實有反壓迫進路的存在空間，或許那將會是一個較符合臺灣體質的論述模式，例如論證我國應該如何處理色情言論應否禁止的爭議。

本文目前的初步結論是，雖然本文不同意德沃金具體針對色情言論所為的忽

視女性受壓迫地位的平等論證，但是本文仍然認為德沃金的平等自由觀在抽象理論層次上是一個開放性的平等理念，因為其不預設任何關於「平等狀態」的既定標準，因而有辨識壓迫結構的潛在可能性（雖然德沃金本人似乎欠缺這種能力）。雖然立基自由主義之上的法律制度傾向於無法承認社會性、系統性歧視所造成的傷害，但是德沃金平等自由觀所依勢的整全法理念重視社會中被實踐的法律、政治與道德傳統，因此一個理想的法官仍然可能以自由主義式的平等自由觀開啓反壓迫的進路。